

Intervención de las comunicaciones telefónicas en España.

De: José Theodoro Corrêa de Carvalho.

Fecha: Noviembre 2007.

Origen: Noticias Jurídicas.

Las violaciones a las normas legales están sujetas a una sanción penal, cuyas evaluaciones ocurren en el ámbito de un proceso garantista, donde el respeto a los derechos fundamentales es primordial. Por otro lado, el interés público en la persecución penal permite que los derechos fundamentales sean limitados o restringidos cuando así prevé la Constitución española.

Uno de los principios de un proceso garantista es la presunción de inocencia, que solamente puede ser alejada cuando la parte acusadora produzca pruebas de cargo de la responsabilidad penal del imputado. Una de estas pruebas puede venir de una previa interceptación telefónica. Ocurre que una intervención telefónica puede generar una limitación al derecho de secreto de las comunicaciones, entonces un equilibrio entre los derechos fundamentales debe ser alcanzado.

En realidad, en casi todo proceso penal, la intromisión del Estado en la investigación y en la búsqueda de pruebas genera una confrontación de los derechos fundamentales del afectado por el proceso con los derechos fundamentales, legitimantes de la persecución penal, de los demás ciudadanos.

Si por el lado del investigado están los derechos a la vida privada, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18, CE), por el lado de la sociedad están los valores mayores del estado de derecho, la libertad y la justicia (art. 1, CE), los principios de la legalidad (art. 9.1, CE), el respecto a la ley y al derecho de los demás como fundamento de la paz social (art. 10.1, CE), el derecho fundamental a la seguridad (art. 17.1, CE) y el derecho a una tutela efectiva (art. 24.1, CE).

Claro está que ninguno de los derechos mencionados es absoluto, pues su confrontación exige la preponderancia de algunos en detrimento de otros.

Ejemplo de restricción legítima de derechos fundamentales se observa en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que prevé en su artículo 8.1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia" y añade que: "No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las

infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Se concluye en estos términos que, es admisible que la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones cedan paso, dentro de las reglas legales de una sociedad democrática, a intereses colectivos en general. La única condición comunitaria es que haya una ley, libremente consolidada, que regule el tema. Por supuesto que la ley tampoco puede ser irrazonable.

Para resolver el conflicto entre los derechos fundamentales contrapuestos y alcanzar un equilibrio entre estas fuerzas, se utiliza el principio de proporcionalidad, que exige que la medida investigativa sea adecuada al fin buscado, necesaria para la obtención de la información y proporcional al fin buscado¹. En otras palabras, la interceptación debe ser capaz de obtener información que esclarezca el delito, debe ser a única manera de obtener la información y debe ser proporcional al fin buscado, o sea, el delito debe ser suficientemente grave para que se vulnere el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones en su persecución penal.

Toda interceptación telefónica tiene por objetivo presentar informaciones relevantes acerca de un crimen. Estas informaciones serán de utilidad para la investigación en andamiento y se transformarán en pruebas judiciales.

Ocurre que para que un dato o información sea utilizado como prueba judicial, es necesario que cumpla una serie de requisitos. Prueba son los elementos generados por la actividad de las partes y del juez, con el objetivo de buscar elementos de convicción para la solución de un proceso². En regla la prueba es producida en el juicio oral, en respecto a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción³. En algunos casos, entretanto, es necesario utilizar elementos de convicción producidos en el sumario, porque sería imposible practicarlos originalmente en el juicio oral. Es lo que ocurre con la interceptación telefónica.

La interceptación es realizada normalmente durante el secreto del sumario, cuando el sospechoso no sabe todavía que esta siendo investigado. La jurisprudencia admite, excepcionalmente, que la medida sea acordada también en las diligencias indeterminadas. Los datos obtenidos de la intervención serán guardados y presentados en forma de documento (cinta o transcripción). Ese medio de investigación y obtención de pruebas esta autorizado por la Constitución (art. 18.3) y disciplinado por el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.
4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el núm. 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

Como se observa, la interceptación telefónica es una diligencia instrumental, controlada judicialmente, para obtención de informaciones acerca de la práctica de un delito por intermedio de acompañamiento de llamadas telefónicas, pudiendo ser utilizada posteriormente como medio probatorio (prueba anticipada) para su aportación al proceso⁴.

Ocurre que la normativa legal es muy escasa, llegando a ser llamada de raquítica por los tribunales españoles⁵. Esta deficiencia podría ser entendida como una inconstitucionalidad, ya que los límites de restricción de derechos fundamentales deben ser claros. Sin embargo de los problemas normativos, los Tribunales Supremo y Constitucional defienden que si el juez observa los requisitos constitucionales, la medida puede ser determinada.

Esta característica obliga que la jurisprudencia defina los requisitos de adopción y control, para adecuar la medida a las reglas constitucionales e internacionales. Según la jurisprudencia, estas medidas pueden ser determinadas por el juez instructor desde que la medida sea determinada por una resolución judicial motivada en la existencia de indicios de criminalidad, que sea adecuada al fin propuesto, que sea necesaria y proporcional. Y, además, que haya control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida⁶.

El plazo legal de duración es de hasta tres meses prorrogables y empieza a contar de la fecha de la resolución judicial, conforme entendimiento del Tribunal Constitucional. Después de realizadas las grabaciones, para que sean utilizadas como pruebas, el material debe ser incorporado al proceso, siempre respetando los respectivos principios procesales. Para que la prueba sea fiable debe ser controlada previamente (resolución motivada), durante su ejecución y posteriormente (durante la incorporación). Como el control por parte del

acusado (contradictorio) solo ocurrirá en momento posterior, es necesario que el Juez y el Ministerio Fiscal acompañen la medida anteriormente.

Cuando los preceptos legales y constitucionales son respetados, la medida puede formar parte del conjunto probatorio que lleva el procesado a la condena. En general la audición de la cinta o la lectura de la transcripción es acrecida del relato de los policiales que participaron de la diligencia.

En resumen, el Tribunal Supremo⁷ exige que sean atendidos los siguientes requisitos:

- exclusividad jurisdiccional en la autorización de la medida y estricta sujeción de los funcionarios que la practiquen a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación.
- adopción de la misma en el marco de una investigación en curso y, por ende, existencia de indicios suficientes de criminalidad.
- respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo que exige valorar la necesidad de la medida, así como realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar.
- excepcionalidad de la misma, y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible.
- extensión de la observación telefónica restringida a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas.
- expresión de las razones que la motivan en el auto habilitante y en los que eventualmente acuerden su prórroga, sin perjuicio de las legítimas remisiones a los escritos petitorios de la policía judicial.
- control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada.

Aunque la norma sea nítidamente incompleta, el propio Tribunal Constitucional ameniza las deficiencias legales para permitir que los jueces sustituyan al legislador y rellenen sus manifestaciones con los preceptos exigidos por el contenido del convenio internacional. O sea, mismo sin ley adecuada, es posible determinar una interceptación siempre y cuando los demás requisitos estén presentes.

Por otro lado, cuando las normas no son respetadas, hay que analizar si estamos delante de una prueba ilícita (y prohibida) o no. Si ocurre vulneración a los derechos fundamentales del investigado la prueba será ilícita. Eso sucede cuando hay una ilicitud material (crimen de violación del secreto de las comunicaciones telefónicas) o cuando tenemos una vulneración a las garantías procesales. Entretanto cuando tenemos una burla menor a las reglas procesales, el principio de finalidad teleológica de las normas procesales permite que el acto sea aprovechado delante de la irregularidad.

Por fin, es de conocimiento general que las innovaciones tecnológicas en materia de comunicaciones permiten a los criminosos desarrollar sus actividades delictivas de manera más ágil y el estado no puede quedarse retrasado.

Como se examinó, el instrumento de las interceptaciones telefónicas es extremadamente útil para la obtención de informaciones acerca de la conducta criminal en general. En muchas situaciones, es casi la única forma de descubrir como actúan las bandas y de identificar sus mentores.

Si la investigación debe respetar (proporcionalmente) los derechos fundamentales, entonces el equilibrio entre las fuerzas contrapuestas debe ser reglamentado para no generar dudas en su aplicación. Mejor sería que las reglas fueran aclaradas de modo a conformarlas con las disposiciones de la Constitución y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para evitar que aparezcan sospechas de ilicitud sobre los importantes hallazgos informativos de las interceptaciones telefónicas.

1 CONDE, Enrique Álvarez. *Curso de Derecho Constitucional*, v. I, quinta edición, Madrid, 2005, p. 350.

2 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, *Derecho Procesal Penal*, Séptima edición, Madrid, 2004, p. 464.

3 STC 282/2005, de 7 de noviembre, FJ 1.

4 OBON DIAZ, Alberto, *La intervención telefónica y su adecuación al paradigma constitucional*, en <http://www.noticias.juridicas.com>, consultado en 09.02.2006.

5 STS 1377/2005, de 25 de noviembre.

6 SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 54/1996, de 26 de marzo, FFJJ 6 y 7; 123/1997, de 1 de julio, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 6; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2.

7 STS 1377/2005, de 25 de noviembre.